

2.2 AS SENTENÇAS QUE DEPENDEM DE EXECUÇÃO

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR

Mestre e Doutor pela PUC/SP

Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão

Advogado em Curitiba e em Brasília

SUMÁRIO: 1. Os significados de conceito e de classificação. A razão para se classificar as sentenças; 2. Tutela e sentença; 3. Classificação a partir da suficiência da sentença à prestação da tutela jurisdicional do direito; 4. O critério que foi utilizado para a classificação da sentença condenatória; 5. O conceito (clássico) de condenação; 6. Elementos presentes e excluídos no conceito de condenação; 7. Elementos incluídos no gênero sentença não-satisfativa e presentes nas novas modalidades de sentenças; 8. A sentença dependente de execução; 9. Novamente a importância da distinção entre tutela do direito e sentença; 10. A necessidade de classificar as sentenças que dependem de execução; 11. Critérios para a classificação das sentenças dependentes de execução; 12. A influência do princípio da tipicidade sobre o poder jurisdicional; 13. A sentença que tutela o direito constringendo a vontade do réu e a sentença que, independentemente da vontade do réu, tutela o direito mediante atos ulteriores de execução; 14. Conclusão: sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva. 15. Referências bibliográficas.

1. Os significados de *conceito* e de *classificação* – a razão para se classificar as sentenças

Antes de se propor uma nova classificação das sentenças, é preciso deixar bastante clara a função de classificar na teoria geral do direito. Toda classificação trabalha com conceitos, objetivando agrupá-los de forma lógica e cientificamente didática. Para que a discussão em torno das classificações não se perca ou se torne estéril ou infrutífera, é preciso cuidado para não se confundir conceito com terminologia ou *nomen iuris*. Embora se possa fazer uma distinção entre conceito e definição, considerando a primeira uma realidade jurídica e a segunda sua descrição, o certo é que essa diferenciação não é usual e aqui não tem importância¹.

O grande problema está na confusão entre conceito (ou definição) e *nomen iuris*. O conceito pode ser definido pela lei, pela doutrina ou ainda pela jurisprudência. No caso de sentença condenatória, figura imprescindível para se classificar as sentenças, *o conceito é eminentemente doutrinário* (MONTELEONE, 1989), pois nunca houve qualquer esforço legal ou jurisprudencial para conceituá-la. Quando se procura saber

¹ Também não é própria, nesse momento, a conhecida distinção entre definição nominal e definição real, até porque já está superada a idéia que se fundava na possibilidade de se extrair a natureza essencial dos objetos. V. Bobbio (1950a); Tarello (1967).

o significado de um conceito doutrinário, há que investigar, evidentemente, a doutrina que o formou. Tratando-se do conceito de sentença condenatória, a doutrina que o concebeu, isto é, a doutrina italiana. Nada há para estranhar em considerar a doutrina italiana para precisar o conceito de condenação. É que os conceitos doutrinários podem ter validade universal. É certo que o conceito de condenação, se houvesse tomado em conta a lei italiana, não teria serventia. Acontece que o conceito de condenação não se formou a partir da lei, mas sim sob a influência dos valores da sociedade e do Estado da época em que foi moldado, revelando uma posição doutrinária inserida em um contexto histórico. Se um conceito doutrinário não pode descartar a doutrina e os valores do momento em que foi delineado, é evidente que a modificação da sociedade e do Estado implica o surgimento de outro conceito. No entanto, os conceitos, quando distintos, devem também possuir nomes diferentes. Se isso não acontece, a discussão *pensa ainda tratar do mesmo conceito, quando na realidade apenas supõe um mesmo nome*. Ocorre que o entendimento entre os intérpretes somente é possível quando não se dá o mesmo nome a duas realidades distintas².

A classificação constitui um agrupamento de conceitos. O valor da classificação depende de sua utilidade ao reunir os conceitos que têm certas particularidades. Ela tanto será melhor quanto maior for sua capacidade de tornar os conceitos compreensíveis, sem que cada um deles *perca sua identidade*. Por isto mesmo, as classificações não podem ser pensadas como *verdadeiras ou falsas*³. É que as classificações não se destinam a conceituar ou a descrever realidades, mas somente a agrupá-las.

Porém, os conceitos que podem explicar uma classificação *somente podem ser aqueles que levaram à sua formação e não outros*. Portanto, se a sociedade e o Estado se alteram, e isto implica o surgimento de novos conceitos, as classificações, por mera consequência lógica, *necessariamente também tem que se modificar*. O que vale em uma classificação é o *conteúdo*, e não o *nome* dos conceitos agrupados. A partir do momento em que *se altera o conteúdo* de um dos conceitos, *modifica-se a classificação*, aceitando-se – ainda que inconscientemente – que a classificação modificada *não mais serve para explicar os fenômenos*.

² Como há muito tempo demonstrou Bobbio (1950b).

³ “[...] las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a sus fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables. Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como test una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida” (CARRIÓ, 1973. p. 72-73).

Não obstante, é exatamente isso que vem ocorrendo em relação à sentença condenatória. Ainda que tenham surgido sentenças – a partir das novas necessidades de tutela e do próprio CPC – completamente distintas da condenatória, parte da doutrina ainda as chama de condenatórias, *como se o nome tivesse mais importância do que os conceitos e do que as realidades*. Quando parte da doutrina propõe outro conceito para sentença condenatória, preservando somente o nome *condenação*, obviamente passa a existir um novo conceito. Mas, como foi explicado, quando se modifica um dos conceitos da classificação, ela também é alterada. *A mudança do conceito de condenação, assim, implica a alteração da classificação das sentenças*.

Se tudo isso é óbvio, cabe perguntar a razão para a insistência na pseudomanutenção do conceito de condenação e da classificação clássica das sentenças, elaborados a partir do impacto de outros valores. Isso somente pode ser explicado a partir de um entendimento equivocado a respeito da função das classificações. Os doutrinadores do direito – e não apenas os processualistas – imaginam que a classificação elaborada por doutrina de prestígio é verdadeira, e por essa razão deve ser mantida intocada para sempre⁴. Acontece que, como já dito, *não existe classificação verdadeira ou falsa, mas sim classificação capaz de agrupar vários fenômenos com particularidades comuns, de modo que nenhum deles perca identidade e significação*.

Ora, não é porque uma classificação, há várias décadas, constituía uma forma adequada para explicar as várias sentenças, que, cem anos depois, diante de novas realidades, ela poderá explicar as novas técnicas de prestação de tutela jurisdicional dos direitos (ou seja, as sentenças) e os valores nela impregnados. Isso não significa qualquer contestação à antiga classificação das sentenças, até porque ela estava perfeita quando formulada – e apenas nessa perspectiva pode ser analisada –, mas somente a constatação de que o surgimento de novas realidades gera, naturalmente, outros conceitos, e estes, por consequência absolutamente lógica, *devem dar origem a uma nova classificação*. *A menos que se pense que os novos fenômenos é que têm que se adaptar às classificações*, como se elas fossem dotadas de força perene. Porém, aceitar que uma classificação é eterna é o mesmo que imaginar que a realidade é imutável. Portanto, *é fácil concluir que não são as novas realidades que têm que ser encaixadas nas classificações*⁵. *Ao contrário, as novas realidades, para que possam ser adequadamente explicadas, devem gerar novos conceitos e classificações* (MARINONI, 2004, p. 113).

⁴ “Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de los juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos. Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria” (CARRIÓ, 1973, p. 72).

⁵ “[...] los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos – se cree – deben acomodarse a las clasificaciones, y no a la inversa” (CARRIÓ, 1973, p. 72).

2. Tutela e sentença

É preciso insistir na distinção entre tutela e sentença para evidenciar que a sentença é apenas uma técnica, elaborada pelo legislador, para propiciar as tutelas prometidas pela Constituição e pelo direito material (MARINONI, 2006, p. 241). Quer dizer que a sentença existe para amparar o direito hegemônico, ou seja, o direito que regula a sociedade e o Estado de determinado momento histórico. Alterando-se as necessidades sociais e as razões do Estado, e assim as necessidades do direito substancial, certamente devem variar as sentenças ou as técnicas processuais destinadas a viabilizar a sua proteção.

Portanto, não há como confundir a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos com a classificação das sentenças. Como já dito, não existe como equiparar sentença condenatória com tutela ressarcitória, por exemplo. A classificação das sentenças, assim como acontece em relação ao conceito de ação – como a doutrina já fez questão de dizer (CALAMANDREI, 1939; ORESTANO, 1959) –, tem uma visível relatividade histórica. A compreensão das técnicas processuais – que podem ser chamadas de sentenças, provimentos etc. – capazes de permitir a tutela dos direitos depende do ordenamento jurídico, da consideração do Estado e do momento social e político nas quais operam.

A legislação processual deve variar na medida em que se diversificam as necessidades do direito substancial. É por isso que a classificação das sentenças há que tomar em consideração o tecido normativo processual e as tutelas prometidas pelo direito material, visualizando as duas realidades – de direito processual e de direito material – a partir da Constituição ou mais precisamente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

3. Classificação a partir da suficiência da sentença à prestação da tutela jurisdicional do direito

Nem toda sentença, para prestar a tutela jurisdicional do direito, necessita de atividade ulterior, ou seja, de execução. As sentenças que prestam, por si, a tutela jurisdicional, são chamadas de satisfativas. As outras sentenças, que dependem de atividade executiva, merecem a designação de não-satisfativas. As sentenças que prestam as tutelas declaratória e constitutiva prescindem de atividade ulterior, sendo satisfativas. Já as demais tutelas que exigem, além da sentença, execução, são prestadas apenas em parte pela sentença, pois dependem, para serem efetivamente prestadas, de meios de execução adequados. É por esse motivo que se diz que o direito fundamental de ação, ou seja, o direito à obtenção da tutela prometida pelo direito material, tem como corolário as modalidades executivas capazes de permitir a efetiva tutela do direito.

Quer dizer que, conforme a necessidade de meios de execução para a prestação da tutela jurisdicional do direito, as sentenças podem ser classificadas em satisfativas e não-satisfativas. Note-se, porém, que essa classificação *toma como critério a capacidade de o processo prestar a tutela jurisdicional dos direitos*, evidenciando que a sentença é uma técnica processual que pode necessitar de complemento através de meios de execução.

4. O critério que foi utilizado para a classificação da sentença condenatória

Se é certo que as sentenças satisfativas sempre foram classificadas, e de modo praticamente unânime, em sentenças declaratória e constitutiva, a doutrina clássica cuidou de conceituar a sentença condenatória como sentença não-satisfativa, a qual, por muito tempo, ocupou o lugar de única sentença dependente de execução no sistema jurídico processual. Todas as sentenças – satisfativas e não-satisfativas – obviamente foram classificadas a partir de critérios exclusivamente processuais, como era natural a uma doutrina preocupada em evidenciar a autonomia do processo em relação ao direito material.

O centro do sistema processual clássico foi ocupado pela ação, à qual foi dada uma feição totalmente autônoma diante do direito material, sendo que ao seu redor passaram a girar as sentenças – classificadas em declaratória, constitutiva e condenatória –, logicamente definidas a partir da mesma preocupação posta no centro do sistema, qual seja, a de construir um sistema exclusivamente com base em critérios processuais⁶. A doutrina italiana clássica ou chiovendina desenvolveu o conceito de sentença condenatória a partir de elementos unicamente processuais, preocupando-se, fundamentalmente, com a função processual da condenação diante da sentença declaratória. Ou seja, a doutrina clássica classificou as sentenças a partir de critérios formais ou internos ao processo, desligando-se da importância dos efeitos produzidos pelas sentenças no plano do direito material. É por isso que o ponto chave do conceito de condenação está na sua eficácia executiva e no princípio da tipicidade dos meios de execução.

5. O conceito (clássico) de condenação

Como dito anteriormente, o conceito de condenação é eminentemente doutrinário, devido à doutrina italiana, que o formulou à luz de valores de determinado instante histórico. Frise-se que a própria doutrina italiana contemporânea já confessou que

⁶ O caráter panprocessualístico da classificação das sentenças nada mais é do que um corolário da teoria da ação como direito autônomo em relação ao direito substancial, transmitida pelo ensinamento chiovendiano. Ao colocar no centro do sistema um direito de ação totalmente desvinculado do direito material ameaçado ou violado, os processualistas da escola chiovendiana firmaram a base para uma teoria geral das tutelas voltada a colocar em destaque somente os seus aspectos processuais ou formais (RAPISARDA, 1987).

a condenação é um conceito de elaboração exclusivamente científico-doutrinário⁷. De modo que, para se chegar ao real conceito de condenação, é imprescindível a análise da doutrina italiana clássica, a qual não só inspirou a doutrina italiana que lhe foi posterior, como também a doutrina brasileira. Ou seja, não importa, para se compreender o conceito de condenação, elaborar um raciocínio destinado a formular um conceito de condenação, o qual obviamente se desenvolveria a partir de dados normativos e valores que são completamente estranhos ao conceito doutrinário (originário, portanto) de condenação.

Segundo a clássica e importante lição de Liebman (1968, p. 16), a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: declara o direito existente e, além disso, “[...] faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora)”. A sentença condenatória, na definição de Liebman, caracteriza-se por aplicar a sanção. Segundo Liebman (1968, p. 16),

[...] a execução consiste na realização de certas medidas que em conjunto representam a sanção para a falta de observância do direito material. Mas os órgãos incumbidos desta atividade só a podem exercer quando houver uma regra jurídica (regra sancionadora) que assim o determine. Ora, as regras sancionadoras abstratas, quer expressas (como as do direito penal), quer latentes na estrutura orgânica da ordem jurídica (como as que prescrevem a execução civil para o caso de falta do cumprimento da obrigação), não se tornam automaticamente concretas pela simples ocorrência do ato ilícito. Seja este um crime ou um ilícito civil, o autor do fato não é só por isso submetido à atuação da sanção: esta deve ser-lhe aplicada, imposta, determinada para o caso concreto que lhe foi imputado. A condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de abstrata e latente em concreta, viva, eficiente.

Liebman (1968, p. 14), ao caracterizar a condenação pela aplicação da sanção, evidencia que a sentença condenatória está muito longe de ser uma ordem para que o devedor cumpra sua obrigação. Para o autor, essa ordem já existe na lei, de modo que o juiz, mesmo na sentença declaratória, “[...] ao declarar existente entre as partes uma relação jurídica, pela qual uma delas deve dar ou fazer alguma coisa em favor da outra, declara e formula como vigorante entre as partes uma regra jurídica concreta que exige de uma delas o cumprimento da prestação devida”. Nesse aspecto, a sentença declaratória não seria diferente da sentença condenatória: o que distingue a condenação, na concepção do autor, é a aplicação da sanção. Liebman (1934, p.

⁷A doutrina italiana já deixou claro que condenação é um “[...] *concetto di elaborazione esclusivamente scientifico-dottrinale*” (MONTELEONE, 1989, p. 166).

137) afirmou que a condenação opera um fenômeno complexo e vasto, que consiste na constituição de uma nova situação jurídica, autônoma no que concerne à relação substancial obrigacional, fundada na concreta vontade do Estado de que a sanção executiva seja atuada, e que se resolve subjetivamente no poder do órgão processual de proceder à atuação da sanção executiva, no poder do credor de provocá-la (ação executiva) e na sujeição do devedor a suportá-la (responsabilidade executiva).

Calamandrei (1972, p. 490), aliás, deixou claro que a condenação, na perspectiva de Liebman, seria necessária para fazer entrar em vigor a *sanzione delle sanzioni*, que seria exatamente a execução forçada. De acordo com a lição do mestre de Florença, a condenação – para Liebman – não é necessária para determinar a entrada em vigor de qualquer sanção, “[...] mas é necessária para colocar em ação aquela sanção extrema (aquela que, poderia ser dito, é a sanção das sanções) que consiste na execução forçada”. Sublinhe-se que Calamandrei, embora anteriormente tenha salientado a importância dos efeitos que as sentenças produzem no plano do direito material, acabou excluindo expressamente da sua definição de condenação os aspectos que não têm ligação com a sua função processual⁸. Ao dizer que *il carattere essenziale* da condenação está na execução forçada, Calamandrei (1972, p. 496) fez referência ao caso da sentença que condena o pintor a fazer um quadro ou o autor a escrever um livro:

A sentença que condena o pintor a realizar um quadro ou o autor a escrever um livro, não é uma sentença de condenação em sentido próprio; esta, qualquer que seja a fórmula que se adote no dispositivo da sentença, é simplesmente uma sentença que declara a obrigação (substancial) de realizar o quadro ou de escrever o livro. Esta sentença, ainda que seja chamada de condenação, não tem qualquer efeito prático além daquele (próprio às sentenças declaratórias) de tornar indiscutível a relação jurídica: mas a obrigação, não obstante esta condenação puramente verbal, resta aquela que era segundo o direito substancial; submetida à vontade do obrigado e não traduzindo, nem sendo suscetível de traduzir, por si, sujeição.⁹

⁸ Cf. Rapisarda (1987, p. 116).

⁹ “Deriva da questo che non sono sentenze di condanna (anche se nel dispositivo si adopra la parola ‘condannare’) quelle sentenze che contengono soltanto un ordine di prestazione, cioè il comando rivolto all’obligato di adempiere volontariamente. La semplice formulazione ufficiale della concreta volontà di legge che esige dalla volontà dell’obligato un determinato comportamento, non è, se all’accertamento del comando non si accompagna l’assoggettamento alla coazione e quindi la eliminazione di ogni richiamo alla volontà dell’obligato di compiere una determinata prestazione di natura infungibile, per la quale l’ordinamento giuridico non appresti mezzi adeguati di esecuzione forzata, non è una sentenza di condanna. La sentenza che condanna il pittore a eseguire il quadro o l’autore a scrivere il libro, non è una sentenza di condanna in senso proprio: essa, qualunque sia la formula che il giudice adopra nel dispositivo, è semplicemente una sentenza che accerta l’obbligo (sostanziale) di eseguire il quadro e di scrivere il libro. Questa sentenza, anche se si chiama di condanna, non ha praticamente altro effetto che quello (proprio delle sentenze di mero accertamento) di rendere indiscutibile il rapporto giuridico: ma l’obbligo, nono-

É relevante constatar que a doutrina italiana clássica sempre estabeleceu uma correlação entre a condenação e a execução forçada¹⁰. Como observou, por exemplo, Micheli (1959, p. 48), a condenação, como forma de remédio jurisdicional, possui a sua eficácia característica não especificamente na declaração em si, “[...] mas na ligação eventual entre o provimento do juiz e a possibilidade, oferecida ao vencedor, de obter, se for o caso, uma outra forma de tutela, a execução forçada”.

De acordo com a doutrina clássica, na ação de execução forçada, o autor apenas poderia se servir dos mecanismos executivos tipificados na lei. Chiovenda (1901) destacou esse elemento do conceito de condenação, afirmando, na sombra dos valores do Estado liberal, a sua importância como garantia de liberdade do réu, tendo Mandrioli (1976) reafirmado a sua importância como característica da sentença condenatória e “[...] regra fundamental da intangibilidade da esfera de autonomia do devedor”¹¹.

6. Elementos presentes e excluídos no conceito de condenação

Como restou claro, o conceito clássico de condenação é caracterizado por abrir oportunidade para a propositura da ação de execução forçada. Liebman (1984) disse que a condenação aplica a sanção, autorizando a propositura da ação de execução forçada, ficando o Estado investido do poder de realizá-la e o condenado sujeito a suportá-la. Tal execução forçada apenas pode se realizar mediante os meios executivos tipificados na lei, os quais não são predispostos para viabilizar a tutela preventiva ou a tutela específica dos direitos.

O conceito de sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado. A função preventiva ficou reservada à ação declaratória. Chiovenda (1930), para demonstrar a sua teoria da ação, argumentou que a ação declaratória poderia ser exercida ainda que um direito não houvesse sido violado. Para tanto, acolheu a teoria de Adolf Wach, sustentada perante o direito alemão, que afirmava que a existência da ação declaratória, que não existe para realizar um direito violado, constituiria uma prova da autonomia da ação (MARINONI, 2006).

stante questa condanna puramente verbale, resta quello che era secondo il diritto sostanziale; rimesso alla volontà dell'obbligato e non tradotto nè traducibile, di per sè, soggezione. Lo stesso si può dire per le sentenze cosiddette di condanna pronunciate dalle giurisdizioni amministrative: anch'esse, che pur si chiamano sentenze di condanna, sono di fatto sentenze di mero accertamento, perchè manca ad esse quella possibilità di esecuzione forzata che della condanna resta il carattere essenziale ed indefettibile” (CALAMANDREI, 1972, p. 496).

¹⁰ V. Mandrioli (1976, p. 1.344); Calamandrei (1972, p. 493); Liebman (1984, p. 145 et seq.); Montesano (1965, p. 19 et seq.); Garbagnati (1955, p. 333); Monteleone (1982, p. 281 et seq.); Borrelli (1966, p. 138 et seq.); Rapisarda (1987).

¹¹ V. Denti (1993, p. 808 et seq.).

Embora Chiovenda tenha se valido do argumento da ação declaratória com o objetivo de demonstrar a autonomia da ação perante o direito material, o certo é que a demonstração de uma ação que independia de violação para ser exercida, fez também com que se deixasse claro que a violação do direito seria requisito apenas da sentença condenatória, e não da sentença declaratória. Foi exatamente nesse sentido que Chiovenda (1930, p. 16) posicionou-se em sua célebre *proluzione* sobre a *ação no sistema dos direitos*, proferida na Universidade de Bolonha em fevereiro de 1903:

É verdade que a ação pode ser coordenada à satisfação de um direito subjetivo, mas não necessariamente. Aqui interessa expor sumariamente os casos nos quais o poder de pedir a atuação da lei aparece coordenado a um simples interesse, portanto como um direito em si mesmo, independente de algum outro direito [...]. O mesmo ocorre nas ações declaratórias positiva e negativa, admitidas também em nossa lei, seja em casos particulares, seja como figura geral [...]. Quando alguém pede que se declare a existência de uma relação jurídica, sem aspirar a outros efeitos jurídicos, que não aqueles imediatamente derivados da declaração, não afirma algum direito subjetivo contra o adversário que não o próprio direito de ação, coordenado a um interesse de declaração; qualquer tentativa de dar um outro conteúdo a este direito é inútil, porque precisamente a declaração judicial a que se tende não é prestação que se possa pretender do réu. E isto por razões mais fortes, quando a ação é coordenada a um interesse de declaração negativa, isto é, à declaração da não existência de uma relação jurídica.

Liebman e Carnelutti (apud LIEBMAN, 1968)¹² igualmente partem da premissa de que a sentença condenatória pressupõe *um direito violado*¹³. Enquanto Carnelutti frisa que também na sentença condenatória há a *declaração da responsabilidade, deixando transparecer claramente que a condenação pressupõe a violação do direito*, Liebman (1968, p. 16) afirma que a condenação “[...] *é o ato que aplica, impõe, determina* in

¹² Liebman (1968, p. 16) lembra que Carnelutti completou a definição que havia dado anteriormente à sentença condenatória (declaração de ato ilícito), acrescentando a declaração da sanção a que o réu deve ser submetido. Argumenta, contudo, que a declaração da sanção não é suficiente e a sentença é, nesta parte, constitutiva; antes de sua prolação não falta só a certeza, como até a existência da situação jurídica que habilita à execução.

¹³ “La concessione della condanna come tutela repressiva esprime il punto di vista più diffuso tra la dottrina processualistica tradizionale. È infatti comune, nella delimitazione dell’interesse a proporre l’azione di condanna, il riferimento ad una fattispecie già attuale di violazione del diritto posto a fondamento della domanda. Tale indicazione proviene anche dal secondo grande indirizzo interpretativo in materia di definizione della condanna, che si fonda, anziché sul collegamento con l’applicazione della sanzione, sul particolare oggetto della tutela. Si pensi, in particolare, all’ultima teoria carneluttiana della condanna come accertamento di responsabilità, che pone in luce l’idoneità della tutela ad intervenire unicamente dopo il compimento della lesione, ed anche alla teoria del Garbagnati, che fa consistere l’oggetto della condanna nell’accertamento di un diritto soggettivo *insoddisfatto*” (RAPISARDA, 1987, p. 188-189).

concreto a sanção que o transgressor deverá sofrer pelo ato cometido”. Ou seja, não há qualquer resquício de dúvida que o conceito de condenação é insensível à tutela inibitória, uma vez que o autor tinha que, ao pedir a condenação, afirmar a violação de um direito. Exatamente por isso é que a condenação jamais se ligou a meios de execução capazes de impor um não fazer, ou melhor, a não violação do direito.

Mas não é só. A sentença condenatória, além de não viabilizar a mais importante das espécies de tutela específica (a tutela inibitória), nunca teve aptidão para permitir a tutela específica dos direitos. E não se trata, obviamente, de afirmação que vá ficar solta no ar. É Chiovenda (1901, p. 290), mais uma vez, quem nos dá suporte:

[...] se, por sua natureza ou por falta de meios de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação *não estão autorizados na lei*, aquele bem *não é conseguível no processo*, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; *salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano*.

O equívoco de se ligar a sentença condenatória à execução indireta – multa e prisão – foi demonstrado em artigo publicado por Mandrioli, sugestivamente intitulado de *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, quando aflorava a discussão acerca da crise da sentença condenatória diante da sua inefetividade para a tutela dos direitos não patrimoniais e da tutela de reintegração de posse do trabalhador no emprego. Ao tratar da possibilidade de se ligar a condenação à execução indireta, concluiu que o preço que deveria ser pago

[...] para incluir, no âmbito da condenação, as sentenças suscetíveis apenas de execução indireta, seria mais elevado do que a vantagem que poderia ser obtida. Enquanto esta vantagem seria pouco maior do que a terminológica, pois se reduziria a exprimir, em termos de condenação, todas as declarações nas quais se manifesta a vontade do ordenamento de obter o resultado da execução forçada através de outros instrumentos, a contrapartida deste alargamento consistiria na inevitável cisão entre a noção de condenação e a de execução forçada. E é claro que esta cisão *deixaria um espaço vazio entre a declaração e a condenação-título executivo*, que tornaria inevitável a configuração de um *tertium genus*, vale dizer, a condenação-não título executivo. (MANDRIOLI, 1976, p. 1.352).

Pisani (1988, p. 180), um dos processualistas italianos mais originais dos últimos tempos, ao se deparar com a sentença ligada à execução indireta, cogitou expressamente a respeito de uma nova espécie de sentença, distinta da condenatória, indagando se “[...] as sentenças que contêm ordens inibitórias (ou relativas a um fazer infungível) devem ser classificadas como uma espécie de condenação, ou constituem, ao contrário, *uma quarta espécie de sentença que se une à tradicional tripartição das sentenças* (declaratória, constitutiva e condenatória)?”.

7. Elementos incluídos no gênero sentença não-satisfativa e presentes nas novas modalidades de sentenças

A transformação do Estado e do Direito implicou uma reforma profunda no que diz respeito à natureza da tutela jurisdicional ou do dever jurisdicional de proteção aos direitos. O cidadão deixou de se pautar exclusivamente por um direito de liberdade ou de defesa quando percebeu que o Estado – outrora seu inimigo público – passou a ter o dever de viabilizar a sua inserção em uma sociedade justa e solidária, tornando-se, assim, devedor de prestações positivas destinadas a realizar e a proteger os direitos fundamentais.

No momento em que o dever de proteção se torna a marca do Estado, surge a ele o dever de dar proteção aos direitos fundamentais materiais – como o direito ao meio ambiente – e, inclusive, ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (o direito de ação), agora visto como um direito garantidor de todos os demais direitos. Resta visível que a tutela pelo equivalente monetário ao valor do dano ou da obrigação não era a resposta que deveria ser dada por um Estado realmente preocupado com a proteção dos direitos. A jurisdição passa a ter, antes de tudo, os deveres de impedir o ilícito e de remover os efeitos concretos da conduta proibida, bem como os de viabilizar – obviamente que quando faticamente possível – a tutela ressarcitória na forma específica e a tutela do cumprimento da obrigação contratual na forma específica.

A tutela pelo equivalente é vista como uma forma de mercificação dos bens e de neutralização das diferentes necessidades do direito material, ao mesmo tempo em que se ressalta, a partir da percepção da natureza não patrimonial ou predominantemente não patrimonial dos novos direitos, a imprescindibilidade da tutela jurisdicional da *integridade do direito* – que passa a ser chamada de tutela específica –, especialmente da tutela inibitória, de remoção do ilícito e ressarcitória na forma específica, tentando-se evitar, com elas, a degradação do direito em pecúnia.

As novas necessidades de tutela logo fez com que o legislador – diante do seu dever de desenhar instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos – passasse a tratar de técnicas processuais destinadas a viabilizar a tutela específica do direito

material (art. 461, CPC). Em razão das novas necessidades, o legislador que reformou o Código de Processo Civil foi obrigado a instituir técnicas processuais voltadas a permitir a tutela específica dos direitos, aí incluída a tutela inibitória; a dar ao juiz ampla latitude de poder para lhe permitir utilizar a modalidade executiva necessária e adequada ao caso concreto; a outorgar ao juiz o poder de utilizar a multa em valor variável, necessário para constranger o demandado a cumprir a decisão judicial.

Mais tarde, foi inserido no Código de Processo Civil o art. 461-A, voltado a permitir a tutela específica do direito real e a tutela específica do direito obrigacional que depende da entrega de coisa. Tal artigo, em seu § 3º, advertiu que as normas do art. 461, respeitantes ao uso do meio de execução adequado e da multa, assim como da antecipação da tutela, podem ser empregadas quando se pretende a tutela específica que exige a entrega de coisa.

Não há como ignorar que tais sentenças são completamente diferentes da sentença condenatória. Em primeiro lugar porque *constituem técnicas voltadas à tutela específica do direito material, e assim à realização de um dever do Estado constitucional*, tendo visível diferença em relação às técnicas processuais destinadas à tutela pelo equivalente, própria a um Estado que não tem qualquer interesse em desenhar políticas públicas voltadas a proteger de forma diferenciada os direitos, preocupando-se apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado.

Em segundo lugar porque fundada em um sistema executivo que *desconhece o princípio da tipicidade das formas de execução, sustentáculo do conceito de sentença condenatória e da sua característica mais incisiva, a execução forçada e a garantia de liberdade do litigante*. Caso o juiz da sentença condenatória pudesse se valer da medida executiva necessária, como faz questão de lhe disponibilizar o art. 461, § 5º, não haveria como supor que, no conceito de condenação, está embutida a idéia de preservação de liberdade da parte, nem muito menos a execução forçada, já que agora o juiz pode – em razão do art. 461, § 5º – utilizar a multa ou qualquer medida executiva necessária para constranger o demandado a um não fazer ou a um fazer infungível, bem como qualquer medida de execução direta capaz de obstaculizar um ilícito ou remover os seus efeitos concretos.

Em terceiro lugar porque a sentença ligada à multa não tem qualquer semelhança com a sentença condenatória, como mostrou Mandrioli no direito italiano. A ligação da sentença com a multa revela uma forma de tutela jurisdicional inimaginável em um Estado que não pode invadir a esfera de liberdade do cidadão ou que está impedido de atuar mediante coerção indireta para não restringir a autonomia de vontade do réu. A correlação necessária entre a condenação e a execução forçada esconde não só uma opção pela incoercibilidade das obrigações infungíveis, mas também a própria

ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana. O conceito de sentença condenatória está comprometido com as doutrinas que inspiraram o *Code Napoléon*, pelo qual “[...] toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor” (art. 1.142), e principalmente com a ideologia que deu origem ao dogma de que a coerção das obrigações infungíveis constitui um atentado contra a *liberdade* dos homens¹⁴.

8. A sentença dependente de execução

O novo artigo 475-N, ao elencar os títulos executivos judiciais, apresenta em seu inciso I o conceito de sentença civil dependente de execução. Fala em “[...] sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Em princípio, dada a dicção da norma, que alude a sentença que *reconheça a existência*, seria possível pensar que a mera sentença declaratória teria se tornado passível de execução.

Acontece que a idéia de reconhecer a obrigação tem a ver com o inadimplemento, ou melhor, com a necessidade de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia. O art. 580, parágrafo único, do Código de Processo Civil, tratando do que entende ser o primeiro “[...] requisito necessário para realizar qualquer execução”, isto é, do inadimplemento, diz que “[...] considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o *direito reconhecido pela sentença* [...]”. Note-se que a norma afirma ser inadimplente quem “[...] não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença”.

A dicção do parágrafo único do art. 580, portanto, poderia permitir a interpretação de que aquele que não satisfaz o direito reconhecido na sentença declaratória é inadimplente, sujeitando-se à execução. Acontece que a sentença, seja a do art. 580, parágrafo único, seja a do art. 475-N, I, reconhece o direito ou a obrigação que falta cumprir, afirmando a necessidade de sua implementação através da via executiva. Tal sentença, por isso mesmo, não pode ser declaratória, mas sim dependente de execução.

Na realidade, a lamentável confusão que se faz, ou oportunamente se realiza, entre sentença declaratória e sentença dependente de execução, deita raiz na ignorância acerca da distinção entre sentença e tutela do direito, demonstrando, mais uma vez,

¹⁴ Chegou-se a propor, em certo momento no qual os fundamentos da Revolução Francesa se apresentavam com mais intensidade, uma construção das obrigações de fazer pela qual a atividade pessoal do devedor não seria *in obligatione*, mas *in solutione*. A obrigação de fazer teria um objeto juridicamente impossível; seria, como obrigação natural, juridicamente não obrigatória. A hipótese não seria nem ao menos de obrigação alternativa, mas de simples obrigação facultativa para o devedor, que deveria os danos a título principal e teria a faculdade de liberar-se prestando o fazer. (MARINONI, p. 83).

a oportunidade de se compreender o processo civil a partir da teoria da tutela dos direitos.

9. Novamente a importância da distinção entre tutela do direito e sentença

A sentença é apenas uma técnica processual destinada à prestação da tutela jurisdicional do direito. Ou seja, a tutela ressarcitória pelo equivalente ou a tutela do adimplemento do crédito pecuniário estão para as sentenças declaratória ou condenatória, assim como o conteúdo está para o instrumento. A tutela jurisdicional do direito que não pode ser prestada pela técnica da sentença declaratória, *por necessitar de meios de execução*, obviamente não é uma tutela declaratória, isto é, uma tutela jurisdicional através da qual simplesmente se elimina uma incerteza jurídica.

A *tutela* que necessita de *fazer, não fazer, entrega de coisa ou pagamento de quantia*, é uma tutela que não é prestada por uma sentença que basta por si só, como a sentença declaratória – que não pode e não precisa ser executada –, uma vez que exige meios de execução. Tal tutela é prestada *pela sentença e pelos meios executivos*, ou melhor, por uma sentença cuja natureza é delineada com base nos meios de execução que a integram. Quando se declara um efeito jurídico que requer uma prestação, evidentemente não há sentença declaratória, já que a declaração é de que a prestação faltante (pagar quantia, por exemplo) deve ser implementada mediante a via executiva. Portanto, é equivocado pensar que uma sentença que reconhece uma obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia constitui uma sentença declaratória. Essa sentença, porque presta uma tutela jurisdicional do direito *que depende de algo*, não pode ser declaratória. Tal sentença prestaria tutela declaratória, como é óbvio, apenas se essa tutela não dependesse de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.

A sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, destinando-se a prestar a tutela ressarcitória pelo equivalente, não é declaratória, uma vez que, se natureza declaratória tivesse, *não reconheceria a necessidade do pagamento de quantia para a prestação da tutela ressarcitória*. De modo que pouco importa se apegar à letra da lei, lembrando que o art. 475-N, I, fala em sentença que *reconheça a existência da obrigação, já que é imprescindível saber que tutela do direito se objetiva prestar quando se reconhece a existência de obrigação*. Ora, não há qualquer dúvida que o art. 475-N, I, alude a obrigações que ainda devem ser cumpridas, e assim, a tutelas que necessitam da fase executiva para sua implementação. *A menos que alguém imagine que o autor pode pedir tutela declaratória e o juiz proferir tutela ressarcitória e, por consequência, sentença condenatória ou dependente do cumprimento de obrigação de pagar quantia*.

10. A necessidade de classificar as sentenças que dependem de execução

Como está absolutamente claro, o conceito de condenação não pode mais ser utilizado, seja em razão dos valores do Estado constitucional¹⁵, das novas necessidades de tutela do direito material ou ainda da realidade normativo-processual contemporânea (artigos 461, 461-A e 475-J do CPC). Quer dizer que o conceito clássico de condenação, exatamente por ser formado a partir de uma dada realidade, não tem qualquer chance de ser utilizado no direito processual contemporâneo. Algo distinto – embora muitas vezes não percebido – é o uso da terminologia *sentença condenatória* para designar um conceito distinto, isto é, um conceito que espelha uma nova realidade.

Acontece que o jurista, ao se valer de um termo, deve estar atento para o conceito que procura expressar. Ou seja, não há como se discutir, em termos doutrinários, sem uma precisa correlação entre a terminologia e o conceito. Pretender falar em sentença condenatória, da terminologia, sem se dizer do que se está realmente tratando, do conceito, é pouco menos do que prejudicial ao tráfego das idéias. Daí a importância de se classificar as sentenças que, nos termos da Constituição Federal, das necessidades de tutela dos direitos e do atual Código de Processo Civil, dependem de execução.

11. Critérios para a classificação das sentenças dependentes de execução

O art. 475-N do Código de Processo Civil, ao elencar os títulos executivos judiciais, substituiu o antigo inciso que falava exclusivamente em *sentença condenatória proferida no processo civil* (art. 584, I) por um inciso que diz ser título executivo judicial “[...] a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” (art. 475-N, I).

Uma sentença que reconhece a existência de obrigação a ser cumprida apenas pode ser qualificada a partir da análise do sistema executivo. Longe dos meios de execução, tal sentença apenas declara que resta uma obrigação a ser cumprida para que a tutela do direito seja prestada. Essa sentença, que então seria declaratória, não se confundiria com a sentença declaratória da classificação clássica, pois declararia a necessidade de uma atividade ulterior para a prestação da tutela, enquanto que a sentença declaratória propriamente dita presta a tutela declaratória, satisfazendo o autor com a eliminação da incerteza jurídica. Porém, não há qualquer razão para se criar uma nova modalidade de sentença declaratória, já que a natureza da sentença é visualizada na sua extensão para a prestação da tutela jurisdicional. Se a sentença do art. 475-N, I, não é suficiente para prestar a tutela jurisdicional do direito, ficando essa na dependência do cumprimento de uma obrigação, é intuitivo que tal sentença não pode ser definida como se fosse satisfativa (como se bastasse por si mesma),

¹⁵ V. Marinoni (2006).

mas sim como uma sentença que depende de meios de execução. Isso não quer dizer que os valores do Estado e as necessidades de tutela aí não importem. É que o sistema normativo-processual deve ser compreendido a partir da Constituição e das necessidades do direito substancial. Significa isso que a classificação das sentenças, ao se pautar pelo sistema executivo do Código de Processo Civil, não faz qualquer desconexão com a Constituição Federal e com a realidade de direito material. A classificação das sentenças tem o objetivo de explicar, didaticamente, com base no sistema executivo montado pelas normas dos artigos 461, 461-A e 475-J do Código de Processo Civil, quais são as espécies de sentença dependentes de execução, ou melhor, quais são as novas espécies de sentença.

Cabe deixar claro, porém, que a classificação das sentenças não se confunde com a classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos, lembrando-se que nessa última entra a tutela jurisdicional inibitória, por exemplo. Também é preciso advertir que a classificação das sentenças fica muito longe das chamadas *espécies de execução* ou das formas de execução classificadas com base na atividade física desempenhada pelo demandado – fazer, não-fazer, entregar coisa ou pagar quantia. Tais atividades, além de não espelharem a tutela jurisdicional do direito, não refletem o modo como o juiz atua para prestá-la. Note-se que o fazer pode permitir a prestação da tutela ressarcitória na forma específica ou da tutela do adimplemento da obrigação na forma específica e, além disto, não serve para expressar o que o juiz faz, a partir do sistema processual executivo, para viabilizar a sua prestação. Ou seja, o fazer não pode ser confundido – por estar em plano totalmente distinto – com a tutela ressarcitória na forma específica ou com a sentença mandamental¹⁶.

Como já foi dito, o Código de Processo Civil, ao aludir a reconhecimento de obrigação, não cria uma nova espécie de sentença declaratória, porém evidencia que tal sentença declara efeitos jurídicos no plano do direito material, no sentido de que devem ser implementadas, mediante as modalidades executivas adequadas, tutelas que dependem de fazer, não fazer, entrega de coisa e pagamento de soma. Ora, é claro que a sentença não se confunde com o que é por ela prestado e almejado pelo autor – a tutela –, nem com o que deve ser feito pelo réu para que a tutela do direito seja prestada – o fazer, o pagar etc. Do mesmo modo, não há como confundir a sentença com o meio executivo utilizado, como, por exemplo, a coerção indireta – constrangimento da vontade – e a multa. A sentença é uma técnica processual que tem importância em si mesma – tanto é que pode ser declaratória ou constitutiva –, embora apenas adquira completa fisionomia, no caso em que a prestação da tutela do direito depende de atividade ulterior, quando relacionada com o sistema executivo.

¹⁶ E isso, como é lógico, apenas por exemplo.

12. A influência do princípio da tipicidade sobre o poder jurisdicional

A sentença, como meio técnico através do qual o juiz presta a tutela jurisdicional, recebe influência da maior ou menor latitude de poder outorgada à jurisdição para a satisfação dos direitos. Nesse contexto, a questão que importa diz respeito à relação entre o princípio da tipicidade dos meios de execução e a extensão do poder da jurisdição. Constituiria o princípio da tipicidade dos meios executivos uma afirmação doutrinária que restringe o poder jurisdicional? Não há dúvida que sim. Tal princípio foi elaborado doutrinariamente para evidenciar a necessidade de limitação do poder executivo do juiz. Quis dizer que a jurisdição apenas pode ser exercida nos limites dos meios executivos expressamente tipificados na lei.

O princípio da tipicidade está acobertado pelo antigo princípio da supremacia da lei, que subordinava o judiciário ao legislativo (MARINONI, 2006, p. 21). Quando a validade da lei dependia apenas da autoridade que a proclamava (do legislativo), não se dava ao judiciário o poder de interpretar a lei na medida da Constituição ou de trabalhar com um procedimento judicial fora dos limites estritos da lei. No que diz respeito especialmente ao princípio da tipicidade das formas de execução, é nítida a sua relação com a necessidade de salvaguardar a liberdade do réu diante da possibilidade de uso arbitrário do poder pelo Estado-Juiz.

O processo civil da *civil law* recebeu influência do princípio da tipicidade, limitando os poderes de execução às modalidades executivas ditas pelo legislador. Já o processo civil da *common law* trilhou caminho diverso, dando maior poder ao juiz. O juiz da *common law* sempre teve o poder de sancionar as suas decisões mediante multa e prisão nos casos em que o litigante comete *contempt of Court* ou pratica um ato que significa *desprezo à Corte*. O *contempt of Court* possui duplo aspecto, no sentido de que pode se configurar como *civil contempt* ou como *criminal contempt*.

O *civil contempt* é uma medida coercitiva que atua nas hipóteses de obrigações impostas por decisões judiciais – ao final ou no curso do processo –, e que tem por fim assegurar ao credor o adimplemento específico das prestações devidas pelo demandado. O *criminal contempt* é utilizado nos casos de comportamentos que se constituem em obstáculo à administração da justiça, que interferem indevidamente nesta, ou que de qualquer forma representam uma ofensa à autoridade do juiz. O *criminal contempt*, ao contrário do *civil contempt*, atua apenas no plano do interesse público no correto funcionamento da administração da justiça, o que não quer dizer que o *civil contempt* também não objetive preservar a autoridade do Estado. O *civil contempt* abre oportunidade à imposição da multa ou da prisão no caso de simples inadimplemento do réu. O juiz possui discricionariedade na aplicação da multa e da prisão, tendo, além disso, no momento em que escolhe uma delas, a oportunidade de

graduá-la de acordo com a gravidade que circunda a violação e o grau de resistência do réu.¹⁷

Além de o juiz da *common law* ter o poder de se valer da multa ou da prisão para sancionar as suas decisões, o que lhe confere um poder de adequação às necessidades concretas inimaginável a um juiz engessado pelo modelo das sentenças declaratória, constitutiva e condenatória, ele não está submetido a uma definição legal das modalidades executivas para poder utilizá-las diante dos casos concretos. Não se pensa, na *common law*, em princípio da tipicidade dos meios de execução, exatamente por se partir de uma concepção de poder jurisdicional completamente diversa daquela forjada pelo Estado legislativo e pelo direito liberal clássico. Entende-se, na *common law*, que o juiz deve dispor de meios necessários para fazer valer as suas decisões, e por isso não deve ter o seu poder cerceado pela idéia de tipicidade das modalidades executivas, pois o sistema executivo brasileiro, após 1994, quando foi dada nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil¹⁸, passou a constituir um sistema misto.

Isto porque o art. 461, além de ter dado ao juiz o poder de sancionar as suas decisões – finais ou antecipatórias – com multa (art. 461, §4º), graduando-a conforme as circunstâncias do caso concreto, conferiu-lhe o poder de determinar a modalidade executiva adequada e necessária à tutela da situação litigiosa (art. 461, §5º). O art. 461 conferiu ao juiz, através de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade de sua expressa previsão legal e quebrando, desta forma, o princípio da tipicidade. O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A¹⁹, ao outorgar ao juiz poder para trabalhar com a modalidade executiva adequada à tutela jurisdicional que depende da entrega de coisa. Frise-se que o art. 461-A dá ao juiz o poder de se utilizar dos parágrafos do art. 461, inclusive da multa.

Mas, ao lado dessas formas de exercício do poder executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei. O art. 475-J, embora tenha dispensado a ação de execução e previsto a incidência da multa de 10% para o caso de inadimplemento da condenação, não deu ao juiz o poder de sancionar com multa a sentença que reconhece obrigação de pagar quantia. A multa de 10%, prevista no art. 475-J, tem caráter punitivo e não coercitivo. Essa multa não objetiva permitir ao juiz constranger o demandado a pagar, uma vez que é previamente fixada na lei, não podendo ser graduada segundo as circunstâncias do caso concreto para dar ao juiz poder para efetivamente compelir ao pagamento.

¹⁷ V. Dobbs (v. 56, p. 235); Merryman (1985, p. 73).

¹⁸ A norma do atual art. 461 foi introduzida pela Lei nº 8.952/1994.

¹⁹ O art. 461-A foi acrescentado pela Lei nº 10.444/2002.

Não há qualquer dúvida de que o juiz não exerce o mesmo poder quando profere uma sentença que reconhece uma *obrigação de não fazer, fazer ou entregar coisa* e quando proclama uma sentença que reconhece *obrigação de pagar quantia*. Nesse último caso, a sentença reflete um poder muito mais atenuado do que no primeiro. No primeiro caso, não só o autor, mas também o juiz de ofício, podem utilizar a medida executiva que se adequar à situação concreta. Na segunda hipótese, a realização do direito apenas pode se dar através da forma executiva previamente desenhada na lei processual.

O poder jurisdicional, exercido através da sentença que determina o pagamento de soma, é muito menos intenso do que o poder jurisdicional exercido através da sentença que trata das obrigações de não fazer, de fazer e de entregar coisa. Se isto é inegável, o único argumento que poderia justificar a não distinção entre tais sentenças seria o de que a qualidade do poder exercido, embora diversa, não tem a ver com a natureza da sentença.

Falta lembrar, portanto, que a sentença sempre reflete uma forma e intensidade de poder, e que a sentença não satisfativa, por se ligar a uma forma de execução, espelha um poder derivado da correlação da sentença com a forma executiva. Se a sentença condenatória clássica, por ser correlacionada com os meios de execução forçada expressamente tipificados na lei, reflete um poder contido e limitado por uma garantia de liberdade, além de completamente despreocupado com as tutelas preventiva e específica dos direitos, o certo é que isso ainda está presente na sentença que reconhece obrigação de pagar e tem que ser executada nos termos do art. 475-J e seguintes do Código de Processo Civil. A que reconhece obrigação de pagar quantia não permite que o juiz atue sobre a vontade do demandado ou opte por forma de execução diversa da prevista na lei. Os valores presentes na sentença do art. 475-J são totalmente diferentes daqueles que inspiraram o sistema executivo delineado pelo art. 461.

A sentença do art. 475-J apenas se relaciona com a obrigação de pagar quantia certa e, assim, com a execução por expropriação. Isso significa que, a partir do art. 475-J, existe uma única sentença preocupada com a obrigação de pagar, sendo que a sua principal função será a de prestar a tutela pelo equivalente em dinheiro ao valor da lesão ou da obrigação inadimplida. É interessante perceber que, se a tutela pelo equivalente dissolve as particularidades do direito material, transformando o direito em dinheiro, e entende-se que basta uma única forma executiva – a expropriação – para viabilizar a satisfação do crédito, torna-se absolutamente natural a correlação da sentença do art. 475-J com uma forma de execução direta expressamente tipificada na lei.

Quando as particularidades do direito material ou as diferentes necessidades de tutela do direito substancial não importam, certamente não é preciso dar ao juiz o poder de utilizar a modalidade executiva adequada à tutela específica do direito e ao caso

concreto. De modo que a sentença que reconhece obrigação de pagar ainda conserva natureza condenatória²⁰, com a diferença de que agora não tem mais eficácia executiva dependente de outra ação, mas sim eficácia executiva que pode viabilizar desde logo, independentemente de nova ação, a execução forçada do direito de crédito.²¹

De outra parte, as sentenças que reconhecem *obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa* dão ao juiz o poder de utilizar a medida executiva, inclusive indireta, como a multa, que lhe parecer idônea ao caso concreto – quebrando o princípio da tipicidade e dando origem ao princípio da concentração do poder de execução – exatamente para viabilizar à jurisdição as tutelas preventiva e específica do direito material, lembrando-se que a tutela adequada dos direitos constitui dever do Estado constitucional, especialmente quando em jogo direitos transindividuais de natureza não patrimonial.

Acontece que, quando se pensa na sentença voltada à tutela específica e por isso marcada pelo princípio da concentração do poder de execução, esse poder de execução se manifesta através de duas formas: uma que incide sobre a vontade do demandado e outra que atua mediante meios de execução direta ou forçada, independentemente de qualquer vontade do réu.

13. A sentença que tutela o direito constringendo a vontade do réu e a sentença que, independentemente da vontade do réu, tutela o direito mediante atos ulteriores de execução

Ainda que a sentença que se destina à tutela específica dos direitos possa ser correlacionada com formas de execução indireta e direta, é evidente a diferença entre estas formas de atuação do poder jurisdicional. A execução indireta, que se dá através da multa ou da prisão civil, atua sobre a vontade do demandado, visando obrigá-lo a cumprir a decisão. Portanto, a sentença que se correlaciona com a execução indireta presta a tutela jurisdicional ao constringer e não ao realizar o direito material.

²⁰ Como reconhece Silva (revista jurídica, ano), a Lei 11.232/05 generalizou, “[...] para todas as sentenças, com exceção apenas daquelas que condenem ao cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, uma forma de cumprimento da sentença diversa da condenação”.

²¹ Lembre-se que Liebman (1968, p. 11), ao tratar da evolução histórica da sentença condenatória, afirmou expressamente o seguinte: “Proferida a condenação, torna-se possível a execução. Mas por que meios? A *actio iudicati* indicada pelas fontes romanas, significando proposição de novo processo contraditório e portanto formalidade demorada e protelatória, foi relegada para casos excepcionais (liquidação de condenação ilíquida, pedido de juros sucessivos à sentença, etc.), ao passo que nos casos normais era suficiente simples requerimento para que o juiz, sem a audiência do devedor e lançando mão das faculdades e deveres inerentes ao seu ofício, praticasse os atos necessários a assegurar a execução da sentença por ele proferida. Denominou-se esse procedimento de ‘execução *per officium judicis*’, considerando-o simples prosseguimento e complemento do ato de prolação da sentença: *istud officium venit in consequentiam condemnationis* (Bartolo). Isto significou atribuir à sentença condenatória eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*”.

A execução direta realiza o direito material independentemente da vontade do demandado e, por isto mesmo, também é dita forçada.²² De modo que a sentença que se correlaciona com meios de execução direta presta a tutela jurisdicional do direito no momento em que são adotados os meios de execução direta adequados ao caso concreto. A distinção entre a sentença que se liga a meios de execução indireta da sentença que se liga a meios de execução direta decorre do significado que cada uma tem em termos de realização do direito, bem como da diferença de poder que se concentra em cada uma delas e da distinção de impacto que provocam sobre a esfera jurídica do demandado. Recorde-se que Liebman entendeu que os meios executivos que atuam sobre a vontade do réu não constituem formas de execução, mas sim figuras a ela afins. Eis o que disse Liebman (1968, p. 6):

Vários autores consideram como sendo uma forma de execução a chamada execução indireta, que consiste na aplicação das chamadas medidas de coação, tendentes a exercer pressão sobre a vontade do devedor, para induzi-lo a cumprir a obrigação (multas, prisão, etc.) Apesar de seu caráter coativo, essas medidas visam conseguir a satisfação do credor com a colaboração do devedor, constringido a cumprir sua obrigação para evitar males maiores. Faltam-lhes, contudo, os caracteres próprios da execução estritamente entendida. Será verdadeira execução só a atividade eventualmente desenvolvida pelos órgãos judiciais para cobrar, por exemplo, as multas aplicadas.

É claro que, diante das novas necessidades de tutela jurisdicional, não se pode concordar com Liebman, já que a coerção indireta – por exemplo, a multa – é imprescindível para constranger o demandado a não fazer e, assim, para prestar a tutela jurisdicional inibitória. A multa, nesse caso, é meio de execução da sentença que concede a tutela inibitória, sendo equivocado supor que execução somente existirá quando, havendo inadimplemento da sentença, desejar-se cobrar o valor da multa. Note-se que há uma brutal diferença entre ter a multa como meio de execução da sentença e a multa como valor a ser executado por meio de expropriação. *Em um caso a multa é meio de execução; no outro ela é objeto da execução.*

De qualquer forma, essa discordância em relação à doutrina de Liebman e de grande parte da doutrina italiana e brasileira – onde estão situados, por exemplo, Mandrioli (1976) e Silva (data) – significa apenas que se entende que a coerção indireta constitui uma forma de execução e não que as sentenças que se ligam à execução indireta e à execução direta tenham a mesma natureza. Ao contrário, a posição de Liebman, antes referida, apenas reforça a necessidade de se distinguir tais sentenças. Registre-se,

²² Deseja-se dizer que tal execução permite a realização forçada do direito, isto é, independentemente da vontade do réu.

novamente, diante de sua força simbólica, a passagem da lição de Liebman que alude à *verdadeira execução* e deixa claro que a execução indireta visa conseguir a satisfação do credor *com a colaboração do devedor*, faltando-lhe, por isto, os caracteres próprios da *execução estritamente entendida*.

Se é certo que a execução direta e a execução indireta se distinguem pela circunstância de a primeira permitir a tutela do direito independentemente da vontade do réu e a segunda mediante o seu constrangimento, é também verdade que as duas revelam formas diferenciadas de exercício do poder jurisdicional e de impactos sobre a esfera jurídica do demandado. A atuação estatal sobre a vontade do cidadão tem sensível diferença em relação à atividade do Estado que prescinde de tal forma de intervenção. Basta lembrar que a própria doutrina francesa chegou a afirmar que a *astreinte* (a multa) invoca o papel que era reservado ao pretor romano e que, portanto, *faria surgir um juiz que não seria aquele que melhor se adaptaria ao princípio da separação dos poderes*. Como advertem Mazeaud, Mazeaud e Tunc (1960), parte da doutrina enxergou na possibilidade do emprego da *astreinte* a consagração dos princípios do direito romano e do antigo direito francês sobre o papel do juiz, e assim o perigo do ressurgimento de um juiz arbitrário ou destituído de controle ou de limites²³. Ademais, a execução indireta tem um impacto sobre a esfera jurídica do demandado bem mais drástica do que o da execução direta. E aqui vale recordar que o Código Napoleão, em seu art. 1.142, disse que “[...] toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor”, constituindo a consagração normativa dos princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista (MAZZAMUTO, 1978, p. 36). Ou seja, o direito liberal, para impedir o juiz de exercer *imperium* e para mantê-lo sob a batuta do legislativo, bem como para salvaguardar a liberdade e a autonomia privada do cidadão, impediu o juiz de atuar sobre a vontade do demandado e, assim, ordenar sob pena de coerção indireta.

Perceba-se que, enquanto a concentração dos poderes de execução revela a quebra do princípio da tipicidade, o emprego da coerção indireta significa a ruptura do dogma da incoercibilidade da vontade do particular por parte do Estado. Tudo isto é mais do que suficiente para exigir do doutrinador a distinção entre a sentença que atua mediante execução indireta e a sentença que se vale de meios de execução direta.

²³ “Par sa nature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d’exécution: si ce n’est pas à proprement parler une voie d’exécution, c’est tout au moins un moyen indirect d’assurer l’exécution d’un jugement. En s’en servant, les juges font usage, non de leur juridiction, mais de leur imperium” (RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 591). V. Mazeaud; Mazeaud; Tunc, 1960, p. 640-641).

14. Conclusão: sentença condenatória, sentença mandamental e sentença executiva

É importante sublinhar que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. É por isto que toda e qualquer classificação das sentenças tem uma visível relatividade histórica, já que os seus conceitos dependem do Estado e da legislação processual em que estão inseridas. De modo que toda *classificação de sentenças é transitória*, sendo desta forma equivocado imaginar que uma classificação possa se eternizar, como se as classificações devessem obrigar os juristas a ajeitar as novas realidades aos antigos conceitos.

As classificações têm a função de acomodar ou agrupar os conceitos que têm algo em comum, demonstrando o seu ponto de contato e as suas distinções. O que importa, quando se toma em consideração o novo art. 475-N, I e se analisa as sentenças que reconhecem obrigações de não fazer, fazer, entregar coisa e pagar quantia, é justamente saber se há aí distinções dignas de relevo, capazes de obrigar o doutrinador a definir diferentes espécies de sentença. A sentença, quando depende de atividade ulterior para prestar a tutela do direito, não pode ter a sua natureza definida à distância do sistema executivo ao qual é ligada. A sentença, ao se correlacionar com formas de execução, reflete o modo técnico-processual escolhido pelo legislador para dar tutela ao direito material, opção que traz em si a forma como o poder jurisdicional deve se manifestar para garantir o direito fundamental de ação.

Ora, é fora de dúvida que o poder outorgado ao juiz diante da sentença que reconhece obrigação de pagar – reflexo da forma executiva a ela correlacionada – possui natureza completamente diferente daquela que marca as sentenças que reconhecem obrigação de não fazer, fazer e entregar coisa – como é visível diante das normas que outorgam ao juiz uma ampla latitude de poder para utilizar a medida executiva adequada ao caso concreto.

Nos dois casos, não só a dimensão do poder do juiz é distinta, mas também a finalidade da sentença. O aumento do poder do juiz decorre da imprescindibilidade de o Estado outorgar tutela efetiva ao direito material. Ou seja, na hipótese em que o poder de execução é concentrado, confere-se ao juiz maior poder para lhe ser possível prestar a tutela específica do direito. Retomando o argumento em direção inversa: como o Estado tem o dever de prestar tutela específica ao direito material, o legislador confere ao juiz maior latitude de poder para tanto, instituindo mecanismos técnicos processuais bem caracterizados diante daqueles que, tendo outro fim, refletem um poder jurisdicional mais atenuado.

Como foi demonstrado acima, a sentença que, reconhecendo obrigação de pagar quantia, deve ser executada com base no art. 475-J, conservou a natureza condenatória, tendo todas as principais características presentes no velho conceito de sentença condenatória. A dispensa da execução, como é fácil perceber, nada mais é do que uma atenuação do efeito executivo, que antes apenas era produzido quando proposta uma nova ação e agora se faz presente na própria ação que hoje é instaurada para a obtenção da tutela pelo equivalente ou do crédito e não mais apenas para o alcance da condenação.

Porém, como também já foi evidenciado, não há como deixar de distinguir, no interior do sistema executivo marcado pela concentração dos poderes de execução do juiz, a sentença que se correlaciona com a execução indireta e a sentença que se correlaciona com a execução direta.

A sentença ligada à execução indireta é mandamental. Nela o juiz utiliza a força do Estado para estimular o vencido a adimplir. A sentença condenatória exorta ao pagamento, criando os pressupostos para a execução forçada do direito à soma em dinheiro. Já a sentença mandamental manda que se cumpra mediante o emprego de coerção indireta. Na condenação são apenas criados os pressupostos para a execução forçada, ao passo que na sentença mandamental há ordem para que se cumpra. Há um mandado, que não se confunde com o mandado que será expedido, já que o juiz *manda* que se cumpra e não apenas exorta ao cumprimento. Na sentença mandamental não há apenas exortação ao cumprimento; e há ordem de adimplemento que não é mera ordem, porém ordem atrelada à coerção indireta.

A sentença que ordena mediante o emprego de coerção indireta já usa a força do Estado, ao passo que a sentença que condena apenas abre oportunidade para o uso desta força. É correto dizer, nesse sentido, que a sentença que ordena sob pena de multa tem força mandamental, enquanto a sentença condenatória não tem força alguma, nem mesmo executiva; sua eficácia é que é executiva (MARINONI, DATA). Na sentença que se correlaciona com a execução direta, dita executiva, o emprego da força estatal se dá de forma totalmente diferente, exprimindo-se nos meios de execução voltados à realização forçada do direito.

O fato de a sentença executiva depender, assim como a condenatória, de meios de execução direta, obviamente não as torna homogêneas. Isto pela simples razão de que o fato de a modalidade executiva ser direta nas duas sentenças é algo irrelevante no contexto em que as sentenças estão sendo analisadas. Tanto é verdade que as sentenças executiva e mandamental, apesar de serem facilmente separadas em uma perspectiva técnico-processual, estão inseridas em um sistema executivo diverso do sistema em que a condenação está mergulhada. A sentença executiva tem como característica principal ser uma técnica que reflete a intenção do legislador em dar ao juiz o poder de

utilizar a medida executiva necessária ao caso concreto, reflexo da necessidade de o Estado proteger os direitos na forma específica. Aqui não importa se a execução direta substitui uma prestação (obrigacional) devida pelo demandado ou apenas implementa a tutela do direito. É certo que a sentença que se liga à execução direta, mas depende da imposição de fazer, não fazer e de entrega de coisa, pode caracterizar-se como sentença que independe de prestação do demandado ou como sentença que requer a execução para implementar a prestação devida pelo réu.

Porém, embora essa distinção seja verdadeira, tenha importado para revelar a particularidade da tutela dos direitos reais e no presente momento histórico tenha relevância para demonstrar que a tutela contra o ato contrário ao direito não depende da implementação de uma prestação, há um elemento capaz de unificar em uma só categoria as sentenças que dependem e independem de uma prestação (obrigacional, note-se bem). Tal elemento é vinculado à circunstância fundamental de que essa categoria sentencial objetiva a *tutela específica dos direitos* e, justamente por isso, funda-se no princípio da concentração dos poderes do juiz, *afastando-se do clássico princípio da tipicidade dos meios executivos*.

É preciso sublinhar que foi o escopo de tutela específica do direito material que fez com que o poder executivo do juiz fosse amplificado, quebrando-se o princípio da tipicidade dos meios de execução e outorgando-se ao litigante uma forma muito mais complexa e sofisticada de controle das decisões. Ou melhor, a base do novo sistema executivo, e desta forma a inspiração de outra classificação das sentenças, está no direito hegemônico, marcado por situações de direito substancial próprias ao Estado constitucional, as quais não podem ser adequadamente protegidas através da tutela ressarcitória e da técnica da sentença condenatória, mas apenas da tutela específica e das novas sentenças dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

A sentença executiva não decorre da estrutura do direito material tutelado, mas sim do sistema de execução em que se insere, o qual confere ao juiz poder para determinar a modalidade executiva necessária à situação de direito substancial e ao caso concreto, visando à tutela na forma específica. De modo que não se aceita, nesse instante, a tese de Satta (1950) e de Miranda (1976), que define a sentença executiva a partir da estrutura do direito tutelado, negando sentença executiva aos direitos dependentes de prestações, ou melhor, às obrigações.

Não há dúvida de que a concentração dos poderes do juiz importa especialmente para a efetividade das tutelas inibitória e de remoção do ilícito e da tutela do direito real, as quais não exigem prestações do demandado. Entretanto, não há como negar que esse mesmo sistema executivo também se aplica às sentenças cujo implemento depende do cumprimento de obrigação contratual ou do ressarcimento do dano na forma específica.

15. Referências bibliográficas

BOBBIO, Roberto. Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 355 et seq., 1950a.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Grappichelli, 1950b.

BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Napoli: Jovene, 1966.

CALAMANDREI, Piero. La condanna. *Opere giuridiche*, Napoli, v. 5, 1972.

CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di diritto processuale civile*, 1939.

CARRÍO, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930.

DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993.

DOBBS, Dan B. Contempt of Court: A Survey. *Cornell Law Review*, v. 56, p. 235, 1971.

GARNAGNATI, Edoardo Garbagnati, Azione e interesse, *Jus*, 1955.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1984. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi. *Rivista di diritto processuale civile*, 1934.

MANDRIOLI, Crisanto. Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, p. 1.352 e ss.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. In: _____. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Éditions Montchrestien, 1960. v. 3.

MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 1.

MONTELEONE, Girolamo. Recenti sviluppi nella dottrina dell'esecuzione forzata. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, p. 281.

MONTELEONE, Girolamo. Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna coe titolo esecutivo. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989.

MONTESANO, Luigi. *Condanna civile e tutela esecutiva*. Napoli: Jovene, 1965.

ORESTANO, Ricardo. Azione in generale. *Enciclopedia del diritto*, 1959.

PISANI, Andrea Proto. *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*. Foro Italiano, 1988.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: CEDAM, 1987.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de droit civil*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.

SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1978.

SILVA, Ovídio Baptista da. Sentença condenatória na Lei 11.232. *Revista Jurídica*, v. 345, p. 20, 2006.

TARELLO, Giovanni. Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, p. 430, 1967.